Die Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen nach heutigem Recht.

Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der exceptio doli generalis.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Sally Kaufmann

aus Duisburg

Referendar am Kgl. Landgericht zu Duisburg.

ACAD. LUGD BAT. BIBL.

Approbiert am 20. Oktober 1908.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Referent: Univ.-Professor Dr. Siber.

Meinen lieben Eltern gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Einleitung	1
§ 2.	I. Geschichtlicher Rückblick	2
§ 3.	II. Die beschränkte Diligenzpflicht des Bürgerlichen Gesetzbuchs	8
	III. Die allgemeine Diligenzpflicht.	
§ 4.	A. Verhältnis der Vorschriften über den Bürgschaftsvertrag zu der Frage	13
	B. Die exceptio doli generalis und das Bürgschaftsrecht.	
§ 5.	1. Allgemeines	17
§ 6.	2. Kurze geschichtliche Übersicht	19
§ 7.	3. Die exceptio doli generalis im Bürgerlichen Gesetzbuch	22
§ 8.	4. Prozessuale Geltendmachung der exceptio doli generalis	35
§ 9.	5. Die Anwendung der exceptio doli generalis im Bürgschaftsrecht	38
§ 10.	IV. Vertragsmäßige Übernahme der Diligenzpflicht	46

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542704_0072

§ 1.

Einleitung.

Die gemeinrechtliche Streitfrage, ob dem Gläubiger, dem zur Sicherung einer Forderung von dritter Seite Bürgschaft geleistet worden ist, gegenüber dem Bürgen eine Diligenzpflicht obliegt, ist auch im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht ausdrücklich entschieden worden. Obwohl es hier, ebenso wie in manchen anderen Fällen, in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben mag, durch seine Worte jedes weitere Streiten über einen im bisherigen Recht streitigen Punkt unnötig zu machen, ist es ihm doch nicht gelungen, dem Streit ein Ende zu machen.

Was man unter dem Ausdruck „Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen“ zu verstehen hat, bedarf keiner langen Auseinandersetzung. Wohl ist es sowohl im gemeinen, als auch im heutigen Recht zweifelhaft, als was sich die Diligenzpflicht des Schuldners, die bei gewissen Verträgen vorhanden ist, darstellt. Aber diese Zweifel kann man außer acht lassen. Nicht der Schuldner, sondern der Gläubiger soll beim Bürgschaftsvertrage zur Diligenz verpflichtet sein. Da der Gläubiger durch den Bürgschaftsvertrag zu keiner Leistung verpflichtet wird, so kann er auch nicht die „Pflicht“ zur Diligenz haben. Es bleibt also nur übrig, hier wie auch sonstwo anzunehmen, daß keine eigentliche Pflicht gegenüber einer anderen Person vorliegt, sondern nur eine Pflicht des Gläubigers gegen sich selbst, wenn er vermeiden will, daß der

Bürge bei ungenügender Diligenz auf seiner Seite frei wird. Diese Diligenz muß sich darin zeigen, daß der Gläubiger sich jeder Beeinträchtigung seiner Rechte gegenüber dem Hauptschuldner sorgfältig enthält und jedes auf den Bestand seiner Rechte ungünstige Einwirken von dritter Seite möglichst verhütet. In dem Bewußtsein, durch den Bürgen hinlänglich gesichert zu sein, wird der Gläubiger leicht geneigt sein, jedwede Vorsichtsmaßregel zu unterlassen, und so den Bürgen schädigen. Diesem vorzubeugen, sollen die Vorschriften über die Diligenzpflicht dienen. Der Gläubiger kann, wenn er nicht sorgfältig seine Rechte gegenüber dem Hauptschuldner wahrt und er dadurch von diesem keine oder keine volle Befriedigung erhalten kann, seinen Anspruch gegen den Bürgen nicht mit Erfolg oder wenigstens nicht mit vollem Erfolg geltend machen. Der Bürge hat es in der Hand, sich von seiner Verpflichtung zu befreien. Niemals aber hat er etwa gegen den Gläubiger einen Anspruch darauf, daß er seine Rechte gegen den Hauptschuldner sorgfältig wahre.

§ 2.

I. Geschichtlicher Rückblick.

Wie schon angedeutet, war es im gemeinen Recht streitig, ob der Gläubiger dem Bürgen gegenüber zur Diligenz verpflichtet sei. Von der weitaus herrschenden Meinung wurde die Ansicht vertreten, der Bürge habe eine peremtorische Einrede, wenn der Gläubiger selbst die Schuld daran trüge, daß er vom Hauptschuldner keine Befriedigung erlangen konnte. Gleichgültig war es, worauf das Verschulden des Gläubigers beruhte. Schon leichte Fahrlässigkeit genügte zur Abweisung seiner Klage.

Im römischen Recht vor Justinians Novellengesetzgebung gab es allerdings diesen Satz noch nicht (l. 62 D. 46, 1). Durch den Bürgschaftsvertrag erhielt der Bürge die Stellung eines — wenn auch nur akzessorischen — Korrealschuldners, und der Gläubiger konnte ihn wie jeden anderen Schuldner in Anspruch nehmen.[1]) Zwar stand dem Bürgen das beneficium cedendarum actionum zu, d. h. die Rechtswohltat, daß der Bürge gegen Befriedigung des Gläubigers Abtretung der diesem zustehenden Klagen gegen den Hauptschuldner und die Mitbürgen verlangen konnte. Aber daraus kann nicht auf eine Diligenzpflicht geschlossen werden. Denn bei der Frage nach den vom Gläubiger abzutretenden Klagen kam ausschließlich der Zeitpunkt in Betracht, in dem der Bürge die Abtretung verlangte. Hatte der Gläubiger in diesem Augenblick die Klagen nicht mehr, so konnte der Bürge ihm daraus keinen Vorwurf machen, weil er die Abtretung nur vermittels einer exceptio doli generalis fordern konnte. Einen dolus aber konnte man nur darin finden, daß der Gläubiger sich weigerte, eine actio abzutreten, die er noch besaß.[2])

Anders war es bei der Schadlosbürgschaft und dem Kreditauftrag (mandatum qualificatum). Bei jener, so wird in den Digesten (l. 41 D. 46, 1) ausgeführt, habe der Gläubiger keinen Anspruch gegen den Bürgen, wenn er die Belangung des Hauptschuldners hinausschöbe und dieser unterdessen zahlungsunfähig werde. Bei dem Kreditauftrag soll nach Papinian (l. 95 § 11 D. 46, 3) der Auftraggeber dann nicht mit der actio

---

[1]) vgl. Vangerow, Pand. Bd. 3 § 578 Anm. 4.

[2]) So Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Zivilrecht S. 469, dem sich auch das RG. in Seufferts Arch. Bd. 42 Nr. 208 und Dernburg, Pand. Bd. 2 § 82 Anm. 7 anschließen. Anderer Ansicht sind eine Reihe älterer Schriftsteller.

mandati in Anspruch genommen werden können, wenn der Gläubiger es verschuldet hätte, daß er dem Kreditauftraggeber die actio gegen den Hauptschuldner nicht abtreten könne.

Das von Justinian durch die Novelle 4 eingeführte beneficium excussionis, das dem Bürgen das Recht gab, seine Leistung so lange zu verweigern, bis der Gläubiger nachwies, daß er vom Schuldner keine Befriedigung erlangen konnte, änderte diesen Zustand. Jedoch wird dadurch nicht hinsichtlich der Diligenzpflicht jede Bürgschaft der Schadlosbürgschaft gleichgestellt, wie zuweilen angenommen wird. Dem steht entgegen, daß der Schadlosbürge sich nicht für die ganze Forderung verbürgt, sondern nur für das, was der Gläubiger nicht vom Schuldner erlangen kann, und die Verpflichtung, für den Ausfall aufzukommen, entsteht naturgemäß erst in dem Augenblick, in dem feststeht, wie hoch er sich beläuft, also erst nach der Ausklagung des Hauptschuldners. Die Struktur der gewöhnlichen Bürgschaft ist dagegen ganz anders.

Ebensowenig steht im gemeinen Recht die Bürgschaft dem Kreditauftrag gleich. Gegenüber dem Versuch, den Sokolowski[1]) macht, darzutun, daß diese beiden Institute im Laufe der Entwicklung eins geworden seien, und daß daher die Grundsätze über die Diligenzpflicht bei dem Kreditauftrag, die sich auf die Stelle l. 95 § 11 D. 43, 3 stützen,[2]) auf die Bürgschaft, bei der eine solche Vorschrift nicht vorhanden ist, angewendet werden müßten, muß man Krüger[3]) beipflichten, der meint, eine solche Verschmelzung ließe sich nicht nachweisen und beide beständen getrennt nebeneinander fort. Diese Meinung findet ihre Bestätigung im Bürgschaftsrecht

[1]) Die Mandatsbürgschaft S. 131.

[2]) vgl. oben.

[3]) Krit. VSchr. für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 34 S. 539.

des Bürgerlichen Gesetzbuches, dem ausschließlich römisch-rechtliche Gedanken zugrunde liegen, deren Entwicklung es zum Abschluß bringt. Es unterscheidet scharf zwischen dem Begriff der Bürgschaft und dem des Kreditauftrages (§ 778).

Eine andere Ansicht, die von Girtanner,[1]) Hasenbalg[2]) und Mode[3]) vertreten wird, schließt aus den Worten der Novelle 4 „si vero non valuerit a debitore . . .“ auf eine Diligenzpflicht des Gläubigers. Sie behaupten wohl mit Recht, diese Worte hätten den Sinn, der Gläubiger dürfe vom Bürgen nur so viel verlangen, als er vom Hauptschuldner nicht habe erhalten können. Von einem „Nichthabenerhaltenkönnen“ dürfe man aber dann nicht sprechen, wenn der Gläubiger es selbst verschuldet hätte, daß er keine Befriedigung vom Hauptschuldner erlangen konnte. Das an und für sich dilatorische beneficium excussionis nehme dann einen peremtorischen Charakter an.

Diese Lehre ist zahlreichen Angriffen ausgesetzt gewesen.[4]) Den Streitpunkt bilden die obenerwähnten Worte der Novelle.[5]) Es wird hier behauptet, diese Worte legten

---

[1]) a. a. O. S. 483ff.

[2]) Die Bürgschaft des gemeinen Rechts S. 545ff.

[3]) Befreiung des Bürgen durch Nachlässigkeit des Gläubigers S. 12ff.

[4]) vgl. Jäger in Lindes Zeitschr. für Zivilrecht u. -prozeß Bd. 5 S. 231ff.; Windscheid, Pand. § 478 Anm. 10; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 82 Anm. 7.

[5]) Nicht die Worte „neque negligens, debitoris fideiussoribus molestus sit“. Gegen die Ableitung der Diligenzpflicht aus diesen wendet sich v. Bothmer in Gans' Zeitschr. für Zivil- u. Kriminalrechtspflege Bd. 1 S. 15ff. Wenn er aber aus der Unmöglichkeit der Ableitung aus ihnen den Schluß zieht, der Bürgschaftsgläubiger sei überhaupt nicht zur Diligenz verpflichtet, so läßt er die in Wirklichkeit allein in Betracht kommenden Worte außer acht.

dem Gläubiger nur die Pflicht auf, den Schuldner auszuklagen; die Gründe, aus denen diese Ausklagung keinen Erfolg hätte, kämen nicht in Betracht, so daß das Verhalten des Gläubigers vor der Geltendmachung des beneficium excussionis gleichgültig sei, mochte auch nur dadurch die Erfolglosigkeit begründet worden sein. Bei der Entscheidung, ob der Gläubiger etwas von dem Hauptschuldner hat erlangen können, wird also nur der Zeitpunkt der angestrengten Klage berücksichtigt, nicht der ganze Zeitraum von der Übernahme der Bürgschaft an. Aber für eine solche Einschränkung spricht keineswegs der Wortlaut und der Sinn der Stelle.[1]) Das Wort „recipere“ heißt hier wie auch anderswo „erlangen“, und ein so wichtiger Zusatz wie der „durch die angestrengte Klage“ bedürfte doch sicherlich einer besonderen Hervorhebung.

Ob dasselbe Ergebnis auch einfach dem den Bürgschaftsvertrag wie alle andern Verträge des gemeinen Rechts beherrschenden bona fides-Prinzip zu entnehmen ist, mag an dieser Stelle dahingestellt bleiben.[2]) Dieselbe Frage wiederholt sich angesichts der Vorschriften unseres heutigen Rechts und wird bei diesen erörtert werden müssen. Von Wichtigkeit ist sie im gemeinen Recht bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft, auf die Novelle 4 nicht in Anwendung kommt, weil der Bürge auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. Die selbstschuldnerische Bürgschaft unterliegt also dem Recht vor dem Erlaß der Novelle 4, das dem Gläubiger keine Diligenzpflicht auferlegte.

---

[1]) vgl. Hasenbalg a. a. O. S. 543ff.; Mode a. a. O. S. 27ff.

[2]) Bejahend äußern sich Arndts, Pand. § 357 Anm. 2 und Dernburg a. a. O.

Eine Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen findet sich auch in größerem oder geringerem Umfang in den partikularrechtlichen Kodifikationen. Nach dem allgem. Landrecht für die preußischen Staaten I, 14 § 328 fiel dem Gläubiger, der „bei Verfolgung der Exekution ein grobes Versehen begangen“ hatte, der hieraus entstehende Schaden zur Last. Diese Bestimmung beschränkte die Diligenzpflicht gegenüber dem gemeinen Recht und kam nur dann zur Anwendung, wenn das Versehen bei der Belangung des Schuldners gemacht wurde und es obendrein ein grobes war, also ein Versehen, „welches bei gewöhnlichen Fähigkeiten ohne Anstrengung der Aufmerksamkeit hätte vermieden werden können“ (ALR. I, 3 § 18). Die §§ 331, 332 in dem Titel I, 14 regelten das Aufgeben von Sicherheiten, die durch den Hauptschuldner bestellt waren, durch den Gläubiger und ließen ihn seines Rechtes gegen den Bürgen verlustig gehen, wenn er eine solche Sicherheit aufgab.

Nach den Art. 2037—2039 des code civil und des bad. Landrechts war der Gläubiger in einem gewissen Grade zur Diligenz verpflichtet, und das sächs. Gesetzbuch bestimmte ebenfalls in seinem § 1466: „Die Bürgschaft erlischt, wenn und soweit dem Gläubiger eine Verschuldung zur Last fällt, durch welche dem Bürgen die Rechtswohltat der Vorausklage oder der Rückanspruch an den Hauptschuldner vereitelt wird, insbesondere wenn der Gläubiger verschuldet, daß er vom Hauptschuldner Befriedigung nicht erlangen kann, oder wenn er dem Hauptschuldner nach Ablauf der ursprünglich bestimmten Erfüllungszeit unter Verhältnissen Stundung erteilt, unter welchen vorauszusehen ist, daß derselbe in Vermögensverfall geraten werde“.

§ 3.

II. Die beschränkte Diligenzpflicht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Keine der Bestimmungen der früheren Rechte über die Diligenzpflicht des Bürgschaftsgläubigers ist in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen mit Ausnahme der das Aufgeben von Sicherheiten regelnden §§ 331,332 in dem Titel I, 14 ALR. Aus ihnen ist der § 776 BGB. entstanden, der für einzelne genau angegebene Fälle Vorsorge trifft und insoweit dem Gläubiger eine Pflicht zur Diligenz auferlegt. Aber eine allgemeine Vorschrift, wie sie besonders klar im § 1466 sächs. BGB. zum Ausdruck kommt, sucht man vergebens.

Nach § 776 wird der Bürge frei, wenn der Gläubiger ein mit seiner Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen aufgibt. Gleichgültig ist es nach Satz 2 dabei, ob das aufgegebene Recht vor oder nach dem Abschluß des Bürgschaftsvertrages entstanden ist. Jedoch wird der Bürge nicht in allen Fällen ganz frei, sondern nur insoweit, als er aus dem aufgegebenen Recht nach § 774 hätte Ersatz erlangen können. Nach § 774 geht nämlich, wenn und soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt hat, die Forderung gegen den Hauptschuldner auf ihn über, und zwar mit den Pfand- und sonstigen Nebenrechten.[1])

Ist das aufgegebene Recht an Wert geringer als der des Gegenstands der Hauptforderung, so haftet demnach der Bürge weiter für die Differenz zwischen dem Wert des Forderungsgegenstandes und dem des aufgegebenen Rechts.

[1]) § 401 in Verb. mit § 412 BGB.

Bedenken bei der Anwendung dieses Paragraphen entstehen nur wenige: Verlangt wird vom Gläubiger ein Aufgeben des Nebenrechts. Allgemein wird hier angenommen, daß das Aufgeben des Rechts nur in einem positiven Tun bestehen könne, daß eine Betätigung des Willens, das Recht aufzugeben, vorausgesetzt werden müsse. Hiernach würde es also nicht genügen, daß der Gläubiger das mit seiner Forderung verbundene Vorzugsrecht im Konkurse des Hauptschuldners nicht geltend macht, um den Tatbestand des § 776 zu erfüllen. Widerspricht in einem anderen Falle der Gläubiger der Pfändung des Inventars eines Grundstücks, an dem ihm eine Hypothek bestellt ist, nicht, so würde der Bürge nach § 776 nicht frei werden, wenn er auch von der Pfändung weiß.[1])

Dem ist aber entgegenzuhalten, daß hier gar kein Grund vorliegt, von dem allgemeinen Grundsatz abzuweichen, daß eine Willenserklärung nicht nur ausdrücklich, sondern auch unter gewissen Umständen stillschweigend abgegeben werden kann. Läßt der Gläubiger es ruhig geschehen, wenn das ihm haftende Inventar gepfändet und versteigert wird, ohne sein Recht auf dasselbe geltend zu machen, so heißt das nichts anderes, als daß er auf sein Pfandrecht verzichte. Sein passives Verhalten, das denselben wirtschaftlichen Erfolg hat wie eine ausdrückliche Erklärung, kann nicht anders als diese bewertet werden. Bei Fällen solcher Art dürfte der Bürge also auch auf Grund des § 776 frei werden.

Wie gestaltet sich die Sachlage, wenn nach der Aufgabe eines Nebenrechts noch sonstige Rechte vorhanden sind, aus welchen sich der Bürge noch völlig befriedigen kann? In

[1]) So RG. in JurW. 1907 S. 237.

einem derartigen Fall wird der Bürge nicht frei. Der entgegengesetzten Ansicht ist Seyfferth[1]) unter der Begründung, die Befreiung des Bürgen nach § 776 stelle sich als eine Bestrafung des Gläubigers dar, weil er das Nebenrecht aufgegeben hat. § 776 bezweckt aber einfach die Verhinderung einer — bewußten oder unbewußten — Verschlechterung der Lage des Bürgen. Wo es aber dem Gläubiger nicht möglich ist, die Lage des Bürgen ungünstiger zu gestalten, weil außer dem aufgegebenen Recht noch genügend Sicherheit besteht, da braucht auch das Gegenmittel, die Befreiung des Bürgen, nicht in Wirksamkeit zu treten.[2])

Ist demnach eine Schädigung des Bürgen eine unbedingt nötige Voraussetzung seiner Befreiung von der Bürgschaftsverbindlichkeit, so ist andererseits doch nicht erforderlich, daß die Schädigung vorsätzlich oder gar absichtlich erfolgt. Allerdings liegt in dem „Aufgeben" als solchem ein vorsätzliches Handeln, aber der Vorsatz braucht sich allein auf das Aufgeben zu richten. Ein fahrlässiges oder sogar ein ohne Verschulden des Gläubigers bewirktes Aufgeben, an das Kuhlenbeck[3]) denkt und durch das er den Bürgen auch befreit wissen will, ist begrifflich ausgeschlossen.

Stimmt der Bürge der Aufgabe des Nebenrechts durch den Gläubiger zu, so wird er natürlich nicht frei; denn § 776 enthält keinen zwingenden Rechtssatz und kann durch eine darauf hinauslaufende Parteivereinbarung geändert werden. In der entsprechenden Vorschrift des ALR. I, 14 § 331 kam das durch den Zusatz „ohne Genehmigung des Bürgen" zum

---

[1]) Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger S. 15.

[2]) Ein Analogon bietet § 560 BGB. (letzter Halbsatz).

[3]) BGB. § 776 Anm. 1.

Ausdruck. Als selbstverständlich konnte das Bürgerliche Gesetzbuch diese Worte fallen lassen.

Stimmt der Bürge der Aufgabe des Nebenrechts erst nachträglich zu, so bedarf diese Erklärung der Schriftform. Denn er ist bereits nach § 776 frei geworden, und die Zustimmung enthält alsdann eine neue Bürgschaftserklärung, die nach § 776 schriftlich abgegeben werden muß.

Außer § 776 rechnet Planck[1]) auch den § 777 zu denjenigen, in denen heute eine Diligenzpflicht des Gläubigers zutage trete. Während § 776 für jede Bürgschaft gilt, bezieht sich § 777 nur auf zeitlich beschränkte Bürgschaften, und auch auf solche nur dann, wenn sie für schon bestehende Verbindlichkeiten übernommen werden. Der Gläubiger hat unter diesen Voraussetzungen unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB.), nach Ablauf der bestimmten Zeit gegen den Hauptschuldner vorzugehen, ohne wesentliche Verzögerung das Eintreibungsverfahren durchzuführen und unverzüglich danach dem Bürgen anzuzeigen, daß er ihn in Anspruch nehme. Dann beschränkt sich die Haftung des Bürgen auf den Umfang, den die Hauptschuld zur Zeit der Beendigung des Eintreibungsverfahrens hat.

Vergegenwärtigt man sich den Grund dieser Bestimmung, so stellt sich heraus, daß sie ausschließlich zugunsten des Gläubigers und nicht zugunsten des Bürgen gegeben ist, das wesentliche Merkmal der Vorschriften über die Diligenzpflicht, daß sie dazu dienen sollen, den Bürgen zu schützen, also fehlt. An und für sich wird nämlich der Bürge, der sich nur für eine bestimmte Zeit verbürgt hat, mit dem Ablauf dieser Zeit frei. Da nun dem Bürgen gewöhnlich die ihm vorteilhafte Einrede der Voraus-

[1]) Komm. z. BGB. § 776 Anm. 1.

klage zusteht, so wäre der Gläubiger gezwungen, den Hauptschuldner eine beträchtliche Zeit vor dem Ablauf der Bürgschaftszeit zu verklagen und die Zwangsvollstreckung gegen ihn zu versuchen, wenn er sich nicht der Gefahr aussetzen will, nach § 771 mit seiner noch innerhalb der Bürgschaftszeit gegen den Bürgen angestrengten Klage abgewiesen zu werden. Dadurch aber würde die Verpflichtungszeit des Bürgen um die für die Ausklagung des Schuldners erforderliche Zeit verkürzt. Da aber nur die Einrede der Vorausklage, die der Bürge hat, diese Verkürzung veranlaßt, so ist es nur billig, wenn durch sie die Bürgschaftszeit nicht kürzer wird.

Bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft, also in den Fällen, in denen dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zusteht, fällt das durch die letztere bedingte Beitreibungsverfahren natürlich fort und nur die Pflicht des Gläubigers zur unverzüglichen Anzeige bleibt. Das folgt eigentlich aus dem Gesetz von selbst.

Der ganze § 777 hat also seinen Grund in den eigenartigen Verhältnissen, die der zeitlich beschränkten Bürgschaft zugrunde liegen, und steht mit der Frage, ob der Gläubiger beim Vorliegen gewisser Umstände die Pflicht habe, sofort gegen den Hauptschuldner vorzugehen, in gar keinem Zusammenhang.

Ebensowenig ist in § 767 Abs. 1 Satz 3 eine einzelne Vorschrift enthalten, die sich auf die Diligenzpflicht beziehen könnte. Denn diese Pflicht engt die Haftung des Bürgen ein, sie soll ihm die Möglichkeit gewähren, sich ganz oder teilweise zu befreien, während die Bestimmung des § 767 davon spricht, daß durch ein Rechtsgeschäft, das der Haupt-

schuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert wird.

Damit aber sind die ausdrücklichen Vorschriften des Gesetzes, die in Beziehung zu unserer Frage stehen, erschöpft.

III. Die allgemeine Diligenzpflicht.

§ 4.

A. Verhältnis der Vorschriften über den Bürgschaftsvertrag zu der Frage.

Das Bürgschaftsrecht gibt keine Antwort auf die Frage, ob wir heute, abgesehen von den im § 776 geregelten Fällen, dem Bürgen eine Diligenzpflicht auferlegen müssen, die man im Gegensatz zu der im § 776 auf einzelne wenige Fälle beschränkten als „allgemeine Diligenzpflicht“ bezeichnen kann. Die Frage läßt sich auch nicht mit einem Wort erledigen. Einfach daraus, daß das Bürgerliche Gesetzbuch über diesen Punkt nichts enthält und ihn übergeht, zu folgern, daß es eine Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, wie sie im früheren Recht bestand, nicht kenne, ist zu gewagt, als daß man ernstlich diesen Schluß ziehen könnte. So hat man denn versucht, die Verneinung der Diligenzpflicht damit zu begründen, der Gesetzgeber habe sie nicht gewollt. Das letztere ist allerdings richtig. Die Motive[1]) verneinen „in Übereinstimmung mit dem älteren römischen Recht“ die Diligenzpflicht bis auf den heutigen § 776. Sie meinen, durch eine solche Pflicht werde der Wert der Bürgschaft bedeutend herabgedrückt, und es würden zahlreiche Streitigkeiten hervorgerufen.

[1]) Bd. 2 S. 678.

In der richtigen Erkenntnis, daß die Motive allein für die Auslegung des fertigen Gesetzes nicht ausschlaggebend seien, könnte man noch andere Gründe gegen die Diligenzpflicht ins Feld führen. § 776 ist, was seine Entstehungsgeschichte anbelangt, eine Ausnahmebestimmung. Es läßt sich im Gesetz auch kein einziger Anhaltspunkt finden, daß er in anderen Fällen, in denen der Gläubiger ebenfalls die Lage des Bürgen verschlechtert, analog anzuwenden ist, woran man im ersten Augenblick denken könnte. Viel eher läßt sich aus ihm ein argumentum e contrario entnehmen, daß der Bürge in allen anderen Fällen nicht frei wird, die durch den § 776 nicht gedeckt sind.

Staub[1]) erwähnt ferner ein argumentum e contrario für den Fall, daß der Gläubiger es unterläßt, in bestimmter Zeit gegen den Hauptschuldner vorzugehen. Dann soll der Bürge von seiner Verbindlichkeit nicht befreit werden. Doch die Bestimmung des § 777 bezieht sich überhaupt nicht auf die Diligenzpflicht, worauf schon oben hingewiesen wurde. Die Folgerung, die Staub aus ihm zieht, dürfte daher nicht richtig sein.

Man könnte versucht sein, aus dem Umstande, daß die Forderung des Gläubigers mit seiner Befriedigung durch den Bürgen nach § 774 auf diesen übergeht, darauf zu schließen, daß der Gläubiger in gewissem Umfang bemüht sein muß, sich und mittelbar dadurch dem Bürgen die Forderung gegen den Hauptschuldner zu erhalten. Auf diese Art will Markus[2]) eine Vorschrift über die Diligenzpflicht in das Bürgerliche

[1]) Komm. z. HGB. Bd. 2 S. 1075.

[2]) Der Anspruch des Bürgen auf Diligenz des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner nach dem BGB., im Recht 1902 S. 456ff. Ähnlich Seyfferth a. a. O. S. 69ff.

Gesetzbuch hineininterpretieren. Er kommt dabei zu dem Ergebnis, daß der Gläubiger dem Bürgen für jedes Versehen, mag es seinen Grund auch nur in der allergeringsten Fahrlässigkeit haben, haftet. „Denn auch ohne substantielle Gegenseitigkeitsverbindlichkeit werden Gläubiger und Bürge durch das Band der bona fides verknüpft (§ 242 BGB.)." Auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch habe der Gläubiger Pflichten gegenüber dem Bürgen. Er müsse nämlich die nach § 774 auf den Bürgen übergehende Forderung diesem erhalten, und insofern sei er Schuldner. Also könne auch § 242 auf ihn Anwendung finden. Treu und Glauben entspräche es aber, daß er so sorgfältig wie möglich zu vermeiden hätte, die Lage des Bürgen zu verschlechtern.

So die Diligenzpflicht zu begründen, wie es Markus in eigenartiger Weise tut, ist aber undenkbar. Wenn überhaupt § 242 in irgendeine Beziehung zu unserer Frage gesetzt werden kann, so ist es doch unmöglich, dies so zu tun wie Markus. Der Bürgschaftsgläubiger erhält durch den Bürgschaftsvertrag niemals eine Stellung, die auch nur im entferntesten der eines Schuldners gleich oder wenigstens vergleichbar ist. Nach § 765 verpflichtet sich der Bürge zu einer Leistung, und nur der Bürge. Ferner entspricht die Entwicklung dieses Forderungsüberganges der von Markus vertretenen Ansicht. Schon im gemeinen Recht konnte man aus der dem Gläubiger obliegenden Verpflichtung zur Abtretung der Forderung bei seiner Befriedigung durch den Bürgen keine Pflicht zur Erhaltung dieser Forderung herleiten, noch viel weniger also aus dem nach dem heutigen Recht von selbst erfolgenden Übergang. Denn diese Forderung geht auch heute nur auf den Bürgen über, wenn und soweit sie der Gläubiger noch hat.

Was schließlich die Einrede der Vorausklage betrifft, aus der nach gemeinem Recht die Diligenzpflicht des Gläubigers herzuleiten war,[1]) so ist diese Einrede heute wesentlich verschieden von der früheren. Durch sie konnte der Bürge nach der Novelle 4 seine Haftung auf das beschränken, was der Gläubiger vom Hauptschuldner nicht erhalten konnte; heute verfolgt sie lediglich den Zweck, die Unbilligkeit zu vermeiden, daß der Bürge für die Schuld aufkommen muß, solange der Gläubiger sich bequem sein Recht beim Hauptschuldner holen kann.[2])

Das Bürgschaftsrecht, wie es in den §§ 765—778 BGB. enthalten ist, gewährt also keine Handhabe, um aus ihm eine Vorschrift über die Diligenzpflicht herleiten zu können. Alles scheint einer solchen entgegenzustehen, und man kann trotz der eingehendsten Untersuchung des Bürgschaftsrechts, wenn man dasselbe für sich betrachtet, nur zu dem Ergebnis kommen, daß außer der Vorschrift des § 776 der Gläubiger zur Diligenz im Sinne des gemeinen Rechts nicht verpflichtet ist.[3])

---

[1]) vgl. oben S. 5ff.

[2]) So Enneccerus-Lehmann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 774.

[3]) Dies nimmt auch der weitaus größte Teil der Literatur zum BGB. an. So Cosack, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 580; Crome, System des deutschen bürgerl. R. Bd. 2 Abt. 2 S. 889; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 Abt. 2 S. 409; Engelmann in Staudingers Komm. z. BGB. Bd. 2 § 776 Anm. 3; Kuhlenbeck, BGB. § 776 Anm. 1; Meisner, BGB. § 776 Anm.; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse § 776 Anm. 2; Planck, BGB. § 776 Anm. 1; Schneider, Treu und Glauben S. 226/27; Staub, HGB. Bd. 2 S. 1075. Ebenso das RG. in JurW. 1907 S. 237 und das OLG. Dresden im Sächs. Arch. Bd. 15 S. 218.

B. Die exceptio doli generalis und das Bürgschaftsrecht.

§ 5.

I. Allgemeines.

Alle im besonderen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse geregelten Rechtsinstitute unterliegen sowohl den Bestimmungen des allgemeinen Teils des ganzen Gesetzbuches als auch denjenigen des 2. Buches, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist. So auch das Bürgschaftsrecht.

Es soll nun versucht werden, aus der Fülle dieser Vorschriften auf die zur Erörterung stehende Frage den im allgemeinen Teil des Gesetzes stehenden § 157: „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern“ und den an der Spitze des Rechts der Schuldverhältnisse stehenden § 242 anzuwenden, der bestimmt: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern“. Der in beiden Paragraphen uns entgegengetretene Begriff „Treu und Glauben“ findet sich, wenn auch ohne den Zusatz „mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“, weiter in den §§ 162, 320 Abs. 2 u. 815. Diese drei letzten Paragraphen enthalten aber Bestimmungen, die, wie ein Blick ins Gesetz sofort zeigt, nur auf einzelne Fälle Bezug haben und hier deshalb im wesentlichen außer acht gelassen werden können.

Es wird nun zu erörtern sein, ob und wie der Gedanke, der in den §§ 157 u. 242 zum Ausdruck kommt, für unsere Zwecke brauchbar ist. Meist wird in der Literatur die Ansicht vertreten, die die Motive billigen, und für das Verhält-

nis zwischen Gläubiger und Bürgen die Anwendbarkeit der Vorschriften über Treu und Glauben überhaupt verneint, da es sich weder um Auslegung nach § 157 handele, noch der Gläubiger mit Pflichten belastet sei, so daß er kein Schuldner sei, auf den allein § 242 Anwendung finde.[1]) Hiernach wäre der Bürge nur dann geschützt, wenn der Gläubiger eine unerlaubte Handlung begeht und ihn dadurch schädigt. Dies wäre aber nur ein sehr geringer Schutz, da die Voraussetzungen des allein in Betracht kommenden § 826 nur selten vorliegen werden.

Andererseits wird zuweilen behauptet, daß die Vorschriften über Treu und Glauben dann Anwendung finden, wenn sich aus dem konkreten Fall ergibt, daß der Gläubiger die Interessen des Bürgen in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise verletzt, und daß dann der Bürge nicht in Anspruch genommen werden darf.[2]) Zu einem allgemein gültigen Ergebnis kommt diese Ansicht aber nicht, sie entscheidet vielmehr von Fall zu Fall, worin ein starker Nachteil für eine gleichmäßige Rechtspflege liegt.

Von den Vorschriften des Gesetzes über Treu und Glauben bis zur exceptio doli generalis des römischen und gemeinen Rechts ist nur ein Schritt. Durch diese exceptio machte der Beklagte geltend, daß der Kläger dolos handele, wenn er seinen

---

[1]) So Oertmann, Recht der Schuldverh. § 776 Anm. 3; Planck § 776 Anm. 1 BGB.; Staub, HGB Bd. 2 S. 1075; Schneider, Treu und Glauben S. 226/27 und Arch. für bürgerl. Recht Bd. 25 S. 309.

[2]) Crome, Bürgerl. R. Bd. 2 Abt. 2 S. 889; Engelmann in Staudingers Komm. § 776 Anm. 1; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 Abt. 2 S. 409 Anm. 10; Kuhlenbeck, BGB. § 776 Anm. 1; Lichtlen in Puchelts Zeitschr. Bd. 31 S. 166; Regeniter, Einrede der Vorausklage S. 91.

an und für sich auf dem Gesetze fußenden Anspruch unter den obwaltenden Umständen durchsetzen wolle. Unwillkürlich bringt man beides miteinander in Verbindung. Die Gegensätze „dolus“ auf der einen, „bona fides“ auf der anderen Seite kommen in der exceptio doli generalis zum klaren Ausdruck. Bona fides bedeutet aber nichts anderes als „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“, so daß derselbe Gegensatz zwischen diesem Begriff und dem des dolus besteht.

Wenn man heute nun in den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches eine Fortbildung der exceptio doli generalis erblicken kann, wenn auch jetzt dem Schuldner, falls der Gläubiger durch die Verfolgung seines Anspruchs gegen Treu und Glauben verstößt, in allen solchen Fällen eine gleiche oder ähnliche exceptio zur Seite steht, muß sich der Bürge auch gegenüber dem Gläubiger auf sie berufen können. Es muß daher untersucht werden, ob den heutigen Vorschriften über die bona fides dieselbe Bedeutung und Wirkung beigelegt werden darf, wie ehemals der exceptio doli generalis. Im Falle der Bejahung dieser Frage kann dann die Erörterung der nicht weniger wichtigen folgen, inwieweit diese exceptio im Bürgschaftsrecht angewendet werden kann.

§ 6.

2. Kurze geschichtliche Übersicht.

Um einen kurzen Überblick über die geschichtliche Entwicklung der exceptio doli generalis zu geben, muß man auch hier auf das römische Recht zurückgehen. In ihm hatte sie bekanntlich neben anderen Funktionen die Aufgabe, die bona fides gegenüber dem formell sein Recht ausnutzenden Kläger

zur Geltung zu bringen. Ursprünglich auf einen wissentlichen Verstoß des Klägers gegen Treu und Glauben abgestellt, wurde sie allmählich auch auf die Fälle ausgedehnt, in denen der Kläger, objektiv betrachtet, gegen sie verstieß.

Obgleich ein solcher Satz sich nicht mit einer jeden Zweifel ausschließenden Deutlichkeit aus dem corpus iuris ergibt, kann man doch aus den zahlreichen allgemein gehaltenen Bemerkungen der römischen Juristen, die darauf hindeuten,[1]) und den vielen Anwendungsfällen, die nur Beispiele sind,[2]) auf eine allgemeine Gültigkeit dieser exceptio im gemeinen Recht schließen. „Es hieße in der Tat", sagt Birkmeyer,[3]) „die kostbarste Frucht römischer Rechtswissenschaft von uns werfen, es hieße der Theorie ihre Schwingen verschneiden, der Praxis das allein vor dem Rückfall in ein summum ius sie bewahrende Element entziehen, wollte man unserer Jurisprudenz das Schöpfen aus der aequitas verwehren."

Dieser Auffassung, die allerdings nicht ganz unwidersprochen geblieben ist, hat sich auch die Praxis des gemeinen Rechts angeschlossen,[4]) und ebenso, um eines der Partikularrechte herauszugreifen, die des allgem. Landrechts, das gleichfalls keine ausdrückliche Bestimmung über die exceptio doli generalis hatte. Besonders ausgeprägt ist ihr Grundgedanke in einer reichsgerichtlichen Entscheidung, in der es heißt[5]): „Die sogen. exceptio doli generalis dient zum Schutze gegen ein Klagebegehren, welches an sich in den Gesetzen be-

[1]) z. B. l. 1 § 1 D. 44, 4; l. 36 D. 45, 1.

[2]) z. B. l. 2 § 6 D. 44, 4; l. 4 § 2 l. c.; l. 24 D. 19, 2.

[3]) Die Exzeptionen im bonae fidei iudicium S. 305.

[4]) vgl. z. B. die Entsch. d. RG. Bd. 4 S. 100, Bd. 31 S. 55.

[5]) JurW. 1898 S. 425; vgl. auch Entsch. d. OTr. in Striethorsts Arch. Bd. 61 S. 326.

gründet sein, dessen Erfüllung aber eine offenbare Unbilligkeit in sich schließen würde. Die Arglist liegt hier schon in der Geltendmachung eines solchen mit den Grundsätzen der Billigkeit unvereinbaren Anspruchs".

Als es sich darum handelte, den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich herzustellen, wurde bei der Beratung der Vorschriften über Treu und Glauben der Antrag gestellt, eine Vorschrift, die der gemeinrechtlichen exceptio doli generalis entspräche, in den Entwurf aufzunehmen.[1]) Dieser Antrag wurde jedoch abgelehnt unter Angabe von Gründen, die auch heute noch den Kernpunkt der Angriffe gegen diese exceptio bilden. In Widerspruch damit steht aber die Bemerkung, dem Zweck jener exceptio geschehe im Entwurf schon Genüge durch den § 359, die jetzigen §§ 157 u. 242.

§ 359 wurde dann später mit dem damaligen § 224 dahin umgewandelt, daß nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu beurteilen sei, zu welcher Leistung das Schuldverhältnis den Schuldner verpflichte und wie die Leistung zu bewirken sei. Es sollte so das ganze zwischen Gläubiger und Schuldner bestehende Rechtsverhältnis seinem wahren Inhalt nach zur Anerkennung gebracht werden, wozu die gemeinrechtliche Rechtsprechung gern die exceptio doli generalis benutzte.[2])

Ein Antrag, dem neuen Paragraphen die Fassung zu geben, der Schuldner sei verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben es verlangen, wurde nicht angenommen, weil er nur die Art der Leistung betreffe, während es sich

[1]) Prot. Bd. 1 S. 238ff.

[2]) Prot. Bd. 1 S. 302ff.

um den ganzen Inhalt der Obligation handele, von welcher sich häufig die Frage, ob überhaupt eine Verbindlichkeit entstanden sei, nicht trennen lasse.

Von einer Einigkeit der Gesetzgeber in einer bestimmten Richtung kann also nicht gesprochen werden, so daß uns die Entstehungsgeschichte der Vorschriften über Treu und Glauben für die Erkenntnis des fertigen Gesetzes im Stich läßt.

§ 7.

3. Die exceptio doli generalis im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch hat nun, wie schon erwähnt, der Grundsatz von Treu und Glauben seinen vornehmlichsten Ausdruck in den §§ 157 u. 242 gefunden. Ob aber in ihnen derselbe Gedanke seinen Ausdruck gefunden hat, wie der der exceptio doli generalis des früheren Rechts, ist streitig. Eine bedeutende Anzahl von Schriftstellern vertritt den Standpunkt, daß die exceptio doli generalis heute geltendes Recht sei.[1]) Ihnen gegenüber weisen andere es streng von der Hand, einer

[1]) Crome, System Bd. 1 S. 186ff.; Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 322; Eck, Sammlung von Vorträgen über den Entw. eines BGB. S. 49; Enneccerus-Lehmann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 329; Hachenburg, Vorträge S. 8ff.; Kuhlenbeck, BGB. § 242 Anm. 1; Meisner, BGB. § 242 Anm. 3; Neumann, BGB. § 242 Anm. 2; Rehbein, BGB. Bd. 2 S. 13; Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse § 242 Anm. 1; Silbermann in der Zeitschr. für Rechtspflege in Bayern Bd. 1 S. 35ff.; Wendt, Die exceptio doli generalis im heutigen Recht, im Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 100 S. 1ff.; Weyl, Verschuldensbegriffe S. 465; ferner das RG. in den Entsch. Bd. 53 S. 416ff., Bd. 58 S. 425; JurW. 1904 S. 89. Die beiden letzten Entscheidungen stellen nur die Geltung der exceptio fest, ohne sie anzuwenden.

so weittragenden Regel im Bürgerlichen Gesetzbuch Einfluß einzuräumen.[1])

Die einzige Aufgabe derjenigen, die die exceptio doli generalis verteidigen, kann nur die sein, eine einwandfreie Begründung für sie aus dem Gesetze zu entwickeln. Alle bisherigen Versuche, die exceptio zu begründen, kranken daran, daß sie den Gegnern zu viele Angriffsflächen bieten, und so schließen diese aus der Unzulänglichkeit der bisherigen Erklärungsversuche darauf, daß sie sich aus dem Gesetze nicht ableiten ließe. Denn die übrigen von ihnen gegen die exceptio doli generalis angefürten Argumente sollen dieses nur unterstützen und können und sollen nicht selbständig dazu dienen, die Verwerfung dieser exceptio als berechtigt erscheinen zu lassen. Diese letzteren Gründe aber gehen nicht zwingend aus den Gesetzesbestimmungen hervor, es sind vielmehr lediglich Bedenken allgemeiner Natur. Da taucht zuerst das argumentum e contrario auf, auf das Schneider[2]) besonderen Wert legt, daß, da das Gesetz nur in einzelnen Fällen Treu und Glauben, die Billigkeit oder verwandte Begriffe hervorhebe, in allen anderen nicht ausdrücklich anerkannten Fällen die bona fides gegenüber dem gesetzten Recht weichen müsse.

---

[1]) Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 421; Gareis, Allgemeiner Teil § 123 Anm. 10; Langheineken, Anspruch und Einrede S. 325; Leonhard in Eck, Vorträge über das Recht des BGB. Bd. 1 S. 217 Anm. 1; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse § 242 Anm. 4; Planck, BGB. 3. Aufl. § 242 Anm. 2 (anders die früheren Auflagen); Ramdohr in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 599; Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse und Zur Verständigung über den Begriff von Treu und Glauben, im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 269 ff.

[2]) Treu und Glauben S. 11.

Wie zweifelhaft aber eine solche Beweisführung ist, geht am besten daraus hervor, daß man von anderer Seite gerade infolge dieser Einzelanwendungsfälle des Grundsatzes von Treu und Glauben auf den Gedanken gekommen ist, daß sie nur Beispiele einer im Geist des Gesetzes liegenden allgemeinen exceptio doli seien. Zutreffend sagt Crome,[1]) das Gesetz habe unmöglich alle Fälle des dolus regeln können und sich damit begnügt, ihn „getroffen und mit Nachteilen belegt zu haben, wo immer es ihn nur bei seinen Bestimmungen erfassen und unschädlich machen konnte".

Diese Ansicht schießt nun allerdings nach der anderen Seite weit über das Ziel hinaus, da die Begründung der exceptio doli generalis jedes festen Haltes entbehrt. Sie zeigt jedoch immerhin, daß das Gesetz nicht jedwedes Suchen nach ihr von vornherein verbietet, und daß dann, wenn sie sich irgendwoher ableiten läßt, dieses nicht gegen den Geist des Gesetzes ist.

Dann könnte man gegen die exceptio doli generalis einwenden, daß der Richter sich bei der Handhabung eines ihr entsprechenden Rechtssatzes einer Gesetzesverletzung schuldig mache. Wenn aber eine aus dem Gesetz selbst hervorgehende Regel ihm gestattet, das Recht dem Einzelfalle anzupassen, so braucht er diesen Vorwurf nicht zu fürchten. Von einer Gesetzesverletzung könnte man nur dann sprechen, wenn die Regel nicht im Gesetz begründet wäre, sondern wenn einfach die Anschauung, daß Billigkeit vor Recht gehe, den Richter zu diesem Schritt veranlaßt hätte.

Unbegründet sind auch die weiteren Bedenken, die man

---

[1]) System Bd. 1 S. 186 ff.; ähnlich Hachenburg, Vorträge S. 8ff. und das RG., Entsch. Bd. 58 S. 409/10.

gegen die Zulassung der exceptio doli generalis hat, insbesondere die, daß durch eine solche allgemeine Regel die Rechtssicherheit bedenklich gefährdet würde und die Grenzen zwischen Moral und Recht verwischt würden. Aber durch die Praxis des gemeinen und des preußischen Rechts, die in weitem Maße mit ihr operierten, haben sie keine Bestätigung gefunden, und das Gesetz hat genug ähnlich weittragende Vorschriften, die dann allesamt zu denselben Bedenken Anlaß geben müßten. Vor allem sei hier § 138 erwähnt, wonach ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist, der das Prinzip der Vertragsfreiheit in außerordentlicher Weise durchbricht.

Der Gefahr aber, daß durch die freiere Stellung des Richters die exceptio doli generalis dazu dienen könne, das subjektive Empfinden des Richters oder Ideen über das Recht zu setzen, die dem Stammlerschen „sozialen Ideal“[1]) nahestehen, beugt der Zusatz „mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ vor, der den Richter zwingt, einen objektiven Maßstab anzulegen. Jenes Ideal scheitert an dem Zusatz rettungslos, weil es im Verkehr nur zu oft Sitte ist, unter völliger Hintansetzung fremden Wohles das eigene zu fördern.[2])

Für die exceptio doli generalis spricht, daß sie notwendig erscheint, wenn man berücksichtigt, daß das Recht eines Mittels bedarf, um mit der fortschreitenden Entwicklung im Einklang bleiben zu können. Immer wird es einer Partei gelingen, Rechtslagen zu schaffen, die formell vom Recht gedeckt sind, die aber in Wirklichkeit den Gesetzgeber, wenn er an sie gedacht hätte, veranlaßt haben würden, einen

[1]) Stammler, Recht der Schuldverhältnisse S. 38ff.

[2]) Ähnlich Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 Abt. 1 S. 26.

Paragraphen anders zu fassen oder eine Ausnahmebestimmung einzuführen. Würde man den Gegnern der exceptio doli generalis hier folgen, so stände in diesen Fällen der Richter machtlos den unredlichen Bestrebungen der Partei gegenüber. Bei der Anerkennung eines dieser exceptio ähnlichen Satzes im heutigen Recht aber kann der Richter mit Hilfe des Grundsatzes von Treu und Glauben solchen Machenschaften entgegentreten.

Aber, wie gesagt, alles dies sind Gründe, die nicht selbständig die Fortexistenz der exceptio doli generalis dartun können. Wenn man an die Hauptaufgabe herantritt, sie aus dem Gesetze, wie es uns vorliegt, abzuleiten, so sind alle diese Erwägungen vollständig außer acht zu lassen.

Man kann sich nun aber nicht damit begnügen, wie Eck[1]) zu sagen, die exceptio doli generalis müsse auch ohne besondere Anerkennung „gleichsam von Gottes Gnaden" gelten. Das ist keine Begründung für eine so wichtige Regel und soll auch wohl keine sein. Die Stelle soll wohl nur heißen, daß Eck von der Notwendigkeit unserer exceptio so überzeugt war, daß er meinte, sie müsse auch dann, wenn sie sich nicht aus dem Gesetz herleiten ließe, gelten.

Gangbar erscheint im ersten Augenblick der Weg, den Wendt[2]) einschlägt, die exceptio doli generalis unmittelbar aus § 242 abzuleiten. Bei näherer Betrachtung wird sich jedoch zeigen, daß er nicht zu dem gewünschten Ziele führt, wenn Wendt auch meint, alle Verteidiger dieser exceptio wären der Meinung, die in § 242 enthaltene Norm sei genügend zur Erreichung des Zieles. Er glaubt, § 242 bezöge sich

---

[1]) Vorträge über den Entwurf S. 49.

[2]) Die exceptio doli generalis S. 85.

nicht nur auf die Art der Erfüllung, sondern auch auf die Ausübung des Forderungsrechtes durch den Gläubiger. Ebenso wie der Schuldner nur nach Treu und Glauben erfüllen dürfe, so dürfe auch der Gläubiger sein Forderungsrecht nicht anders ausüben. Übe er es anders aus, so werde er mit seiner Klage, die auch nur die Ausübung eines Forderungsrechtes sei, abgewiesen. Das sei derselbe Gedanke, der der gemeinrechtlichen exceptio doli generalis zugrunde gelegen habe.

Aber diese Gegenüberstellung der Pflichten des Schuldners mit denen des Gläubigers ist nur insoweit richtig, als der Gläubiger sich auch dem § 242 unterwerfen muß: er darf nur in einer Art fordern, die Treu und Glauben entspricht. Hierin liegt zweierlei. Er darf keine Leistung fordern, deren Art Treu und Glauben verletzt, z. B. nicht verlangen, daß der Schuldner die Errichtung eines ihm übertragenen Baues ohne Unterbrechung der Arbeit bewirkt, und ferner nicht in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise die ihm geschuldete Leistung fordern; z. B. darf er die ihm gebührende Leistung nicht mit den Schuldner beleidigenden Worten fordern.

Wenn aber § 242 von einem Schuldner spricht, also einer Person, deren Leistungspflicht besteht und auch durch eine Bewirkung der Leistung, die Treu und Glauben nicht entspricht, nicht untergeht, so muß auf der anderen Seite eine Person stehen, die weiter zu fordern berechtigt ist, wenn sie auch einmal in einer Art fordert, die gegen Treu und Glauben verstößt, und darum abgewiesen wird. Das Forderungsrecht bleibt unversehrt und kann jederzeit in einer Treu und Glauben entsprechenden Weise ausgeübt werden. Aber der Schuldner ist nicht in Verzug gekommen, ebenso wie der Gläubiger nicht in Verzug gerät, wenn er

eine gegen Treu und Glauben erfolgende Leistung des Schuldners nicht annimmt.

Ganz anders ist es bei der exceptio doli generalis. Fordert hier der Gläubiger, so wird durch sie sein Recht vernichtet und kann nie mehr aufleben.

Dieser engeren Auffassung des § 242 entspricht auch seine Stellung unmittelbar vor § 243. Abs. 1 desselben bestimmt: „Wer eine nur der Geltung nach bestimmte Sache schuldet, hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten". Ihn könnte man auch so lesen: „Der Schuldner einer nur der Gattung nach bestimmten Sache ist verpflichtet, eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten". Parallel hierzu läuft der Satz des § 242: „Der Schuldner ist verpflichtet, seine Leistung nach Treu und Glauben zu bewirken". In § 243 tritt nun unzweifelhaft der Gedanke zutage, eine bestehende Leistungspflicht näher auszugestalten. Dasselbe muß aber dann infolge der völligen Gleichartigkeit beider Paragraphen bei § 242 gelten. Die Frage, ob als Folge eines Verstoßes gegen Treu und Glauben, den der Gläubiger begeht, der Schuldner die Möglichkeit hat, sich von seiner Verpflichtung für alle Zeit zu befreien, gehört also gar nicht in das Gebiet, das dem § 242 bestimmt ist.

Wendt verweist noch zur Unterstützung seiner Darstellung, die mit Hilfe des § 242 die exceptio doli generalis begründen will, auf eine seiner Meinung nach vollständig analoge Erscheinung im römischen Recht.[1]) Die intentio der Formel bei den actiones bonae fidei lautete bekanntlich: quidquid dare facere oportet ex bona fide, tanti condemna. Der Beklagte konnte, was unumstößlich feststeht, unter Umständen erzielen,

[1]) a. a. O. S. 91.

daß der Kläger mit seiner Klage abgewiesen wurde. Wendt meint nun, dieser Fall läge genau so wie der des § 242 BGB. Aber in der römischen Quellenstelle ist ausdrücklich gesagt, daß nur auf so viel verurteilt werden dürfe, als der Schuldner nach Treu und Glauben leisten müsse. Daß dieses Quantum auch gleich Null sein kann, folgt ohne weiteres hieraus, und die Folge ist dann die Abweisung des Klägers. Der Unterschied gegen § 242 BGB. liegt aber in dem „quidquid", dem in § 242 nichts Gleichartiges gegenübersteht.

Wenn sich so alle Erklärungsversuche der exceptio doli generalis Einwände gefallen lassen müssen, die sie hinfällig machen, kann es nicht wundernehmen, wenn von manchen Seiten die Fortgeltung dieser exceptio eifrig verneint wird.

Ein Paragraph jedoch ist es, dessen Wichtigkeit zur Lösung der Frage bisher ganz in den Hintergrund getreten ist, nämlich § 157. Alle bisherigen Erklärungsversuche ließen ihn entweder ganz unberücksichtigt oder sie ließen ihn in der Masse der Bestimmungen, die den Gedanken der bona fides in irgendeiner Weise verwerten, verschwinden.

Wohl nimmt die Erörterung des § 157 einen großen Teil der Abhandlungen Schneiders „Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse" und „Zur Verständigung über den Begriff von Treu und Glauben" ein. Jedoch soll er hier in erster Linie dazu dienen, einen Beweis gegen die exceptio doli generalis zu gewähren, daß wir sie heute in unserem Rechtssysteme nicht mehr haben, vor allem aber, daß die Rücksichtnahme auf Treu und Glauben niemals das von dem Gesetz oder den Parteien bestimmte Recht über den Haufen werfen kann, sondern nur auf dem Gebiet wirken darf, das

vom Gesetz oder der Parteiabrede freigelassen ist. Dabei wird das Schwergewicht auf § 157 gelegt. Neben ihm tritt § 242 ganz in den Hintergrund. Er wird nur dann herangezogen, wenn durch die Anwendung des § 157 festgestellt ist, daß ein für die Wirksamkeit des Satzes von Treu und Glauben freies Gebiet vorhanden ist.

Aber diese Beschränkung auf das von dem gesetzten Recht freie Gebiet ist nicht durchführbar und auch nicht berechtigt. Die Grenze, die Schneider zwischen dem unantastbaren Recht und diesem freien Gebiet zieht, beruht lediglich auf dem Gedanken, daß die Ableitung der exceptio bisher in keiner Weise einwandfrei war, und den allgemeinen gegen sie gerichteten Bedenken, deren Untauglichkeit zur Gegenbeweisführung schon oben beleuchtet wurde.

Wenn § 157 mit einfachen Worten gebietet, daß Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben es erfordern, so stellt er sich damit in Gegensatz zu § 133, der von der Auslegung einer Willenserklärung handelt, bei der er befiehlt, den wirklichen Willen zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften. Die Willenserklärung zeigt sich in Worten — oder, was hier aber außer Betracht bleiben kann, in konkludenten Handlungen —. Die Worte also sind nach § 133 auszulegen, und es ist zu untersuchen, ob das, was die Parteien gewollt haben, in den Worten zum Ausdruck gekommen ist. § 157 spricht dagegen von „Verträgen“. Wie aber die Verträge nicht bloß eine Anhäufung von Willenserklärungen, sondern etwas Höheres, über ihnen Stehendes darstellen, so können auch Gegenstand der Auslegung nach § 157 nicht nur die Worte sein, die die Parteien in dem Vertrage gebraucht haben und die das Gesetz anwendet, sondern das gesamte mit den Worten der

Partei oder des Gesetzes Erreichte und Bezweckte unterliegt ihr.

Der Begriff „Auslegen“ nun fordert von dem Richter, den die Parteien zur Entscheidung des zwischen ihnen bestehenden Streites angehen, daß er untersucht, welche Bestimmungen die Parteien getroffen hätten, wenn sie an den zum Streit führenden Punkt gedacht hätten; möglicherweise konnten die Parteien bei Abschluß des Vertrages überhaupt nicht an diesen Punkt denken, oder sie haben es aus irgendeinem Grunde unterlassen, ihn zu regeln.

Damit wäre nun noch nicht viel gewonnen, denn wenn man beispielsweise daran denkt, daß die eine der Parteien eine Person ist, die unter Außerachtlassung alles dessen, was redlich heißt, nur ihren eigenen Vorteil sucht, so könnte alles Untersuchen in der oben angedeuteten Richtung dem Richter nichts helfen. Denn bei Berücksichtigung des Charakters dieser Partei wird er immer finden, daß sie niemals auf eine Vereinbarung eingegangen wäre, nach der sie einen später eintretenden, ihr günstigen Umstand unbenutzt vorübergehen lassen sollte. Hier würde man sich vergeblich bemühen, einen Ausweg zu finden, wenn nicht das Gesetz selbst ihn böte, und zwar durch die Verweisung auf Treu und Glauben und die Verkehrssitte.

Hiernach legt der Richter nicht die Ansicht der Parteien selbst, die den Vertrag geschlossen haben, seiner Untersuchung zugrunde und sucht die Bestimmung, die sie für den zum Streit führenden Punkt getroffen hätten, zu ergründen, sondern er idealisiert sie gleichsam. An ihre Stelle setzt er zwei Parteien, die stets Treu und Glauben und die Verkehrssitte beobachten. Was diese für den streitigen Punkt bestimmt hätten, hat der Richter jetzt festzustellen. Daß er

dabei über das gesetzte Recht hinausgehen darf, sobald es in dem konkreten Fall zu einem Ergebnis führt, das Treu und Glauben widerspricht, folgt hieraus von selbst. Die Parteien hatten es ja in ihrer Macht, eine Gesetzesbestimmung, die ihnen nicht genehm erschien, außer Kraft zu setzen oder eine Bestimmung des von ihnen abgeschlossenen Vertrages anders zu vereinbaren. Wenn der Richter sich an ihre Stelle setzen darf, darf er diese Änderungen auch vornehmen. Ihm kann man dann ebensowenig einen Vorwurf daraus machen, wie man ihn den Parteien macht, wenn sie z. B. vereinbaren, daß der Mietzins, der nach § 551 am Ende der Mietzeit zu zahlen ist, im voraus entrichtet werden soll.

Haben die Parteien vereinbart, daß für den Fall der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit eine Vertragsstrafe fällig wäre, so war nach römischem Recht die Strafe fällig, gleichviel aus welchem Grunde die Erfüllung unterblieben war. Nach l. 4 § 2 D. 44, 4 war dem Schuldner jedoch die exceptio doli generalis in die Hand gegeben, wenn er wegen Krankheit nicht erfüllte. Schneider[1]) kommt in seiner Abhandlung „Treu und Glauben“ auch zu dem Resultat, daß der Kläger abgewiesen werden müsse, meint jedoch, er habe lediglich die Worte des Vertrages ausgelegt und auf einem von dem Gesetz und der Parteivereinbarung freien Gebiet seine den Kläger abweisende Bestimmung getroffen. Ist aber überhaupt ein solches freies Gebiet vorhanden? Ich möchte die Frage verneinen; denn über dem geschlossenen Vertrage steht der Satz, daß der Schuldner so zu erfüllen hat, wie er versprochen hat, mag es ihm auch später infolge unvorhergesehener Umstände schwer fallen. Vielleicht hat sogar eine Partei daran gedacht, daß die Gegenpartei infolge eines Umstandes, der

[1]) S. 107.

außerhalb ihrer Macht liegt, an der Erfüllung ihrer Verbindlichkeit gehindert werden würde. Heute würde übrigens nach § 339 BGB. Satz 1 die Strafe nicht verfallen sein, weil der Schuldner nicht in Verzug geraten ist.

Ein anderes Beispiel ist folgendes: Eine Partei hat sich verpflichtet, Kohlen „im Herbst“ zu liefern. Anfang Dezember erhebt die Gegenpartei Klage wegen Nichtlieferung. Der Beklagte wendet ein, seine Leistung sei noch nicht fällig, weil der Herbst bis zum 22. Dezember dauere. Dieser Einwand würde als unbegründet zu verwerfen sein. Denn wenn bei Abschluß des Vertrages auf beiden Seiten Treu und Glauben beobachtende Menschen gewesen wären, würden sie für den Fall, sofern sie an ihn gedacht hätten, eine Bestimmung getroffen haben, daß die Leistung vor Dezember zu bewirken sei.

Zu demselben Resultat kann man in diesem Fall, nicht aber in allen Fällen, kommen, wenn man § 242 anwendet. Er vereinfacht den oben angegebenen, etwas beschwerlichen Weg, stellt ihn aber nicht als ungangbar hin. § 242 ist also nur ein einzelner Anwendungsfall, ein Beispiel, wie der § 157 angewendet werden kann, ebenso wie es die §§ 162, 320, 815 und alle diejenigen Gesetzesbestimmungen sind, die den gleichen Geist atmen. Seine ihm von der bisherigen Literatur beigelegte Bedeutung schwindet so dahin, und hieran kann auch seine Stellung an der Spitze des Rechts der Schuldverhältnisse nichts ändern. Es ist ganz belanglos, ob § 242 am Anfang oder am Ende des allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse steht. Nur seine Stellung vor § 243 kommt, wie oben ausgeführt wurde, in Betracht. Über dem gesamten Schuldrecht steht jedenfalls Buch 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und damit auch § 157.

Nur eine kleine Reihe von Rechtssätzen entzieht sich der Wirksamkeit des § 157. Das sind diejenigen, die eine abweichende Vereinbarung durch die Parteien nicht zulassen. Wenn diese bei dem Vertragsschluß nicht in der Lage waren, etwas von den gesetzlichen Regeln Verschiedenes zu vereinbaren, so darf auch der Richter solche zwingenden Rechtssätze trotz § 157 nicht antasten, denn er steht den Parteien gleich, an deren Stelle er sich setzen muß.

Hauptsächlich wird diese Ausnahme praktisch gegenüber den Formvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bei ihnen muß die Berufung darauf, daß es Treu und Glauben entspräche, ein mündlich gegebenes Wort nicht zu brechen, versagen. Nun hat zwar noch niemand versucht, durch die exceptio doli generalis eine ausdrückliche Formvorschrift im einzelnen Fall außer Kraft zu setzen, obgleich ein solcher Versuch immerhin denkbar wäre, aber streitig ist die Frage bei mündlichen Nebenabreden bei den dem Formzwang unterliegenden Verträgen. Vielfach[1]) wird die Meinung, daß hier den Vorschriften von Treu und Glauben die Wirksamkeit versagt werden müsse, damit begründet, daß die Formvorschriften andernfalls ihre ganze Bedeutung verlieren würden. Diese Begründung ist nicht stichhaltig, weil man dasselbe bei jeder Gesetzesbestimmung einwenden könnte, wenn sie einmal Treu und Glauben weichen soll. Geht man jedoch davon aus, daß die Formvorschriften als zwingende Rechtsnormen niemals der Beherrschung durch die bona fides unterliegen, so treffen diese Bedenken nicht zu.

Wenn man das Bisherige zusammenfassend übersieht, kann man als Ergebnis hinstellen, daß das gesetzte Recht

[1]) So RG., Entsch. Bd. 52 S. 5.

mit Ausnahme der zwingenden Rechtssätze weichen muß, sobald anzunehmen ist, daß unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte bei Voraussicht des zum Streit führenden Falles durch die Parteien eine andere Vereinbarung getroffen wäre. Der Richter hat dann festzustellen, wie diese Vereinbarung ausgefallen wäre, und danach seine Entscheidung zu treffen.

Damit erreicht man dasselbe, was die Juristen des gemeinen Rechts mit der exceptio doli generalis erreichten. Denn beiden liegt derselbe Gedanke zugrunde, daß der Gläubiger einen Anspruch nicht verfolgen darf, der im formellen Recht zwar begründet ist, dessen Verfolgung aber der bona fides zuwiderlaufen würde. Erhebt er trotzdem Klage, so verstößt er nach römischer Ansicht dadurch gegen Treu und Glauben und wird aus diesem Grunde abgewiesen. Im heutigen Recht werden kraft § 157 die Verträge und damit das diesen zugrunde liegende Recht den Erfordernissen von Treu und Glauben angepaßt, und es wird ebenfalls der Kläger mit seiner Klage abgewiesen. Die Wege sind verschieden, die gemeines und heutiges Recht zur Lösung unserer Frage beschreiten, das Ergebnis ist das gleiche.

§ 8.

4. Prozessuale Geltendmachung der exceptio doli generalis.

Bis jetzt haben wir uns darauf beschränkt, festzustellen, daß im § 157 ein Grundsatz enthalten ist, der in seinem Wesen der gemeinrechtlichen exceptio doli generalis ganz entpricht. Es entsteht nun die Frage, wie § 157 im Prozeß von demjenigen, der durch ihn gegen ein doloses Verhalten der Gegenpartei geschützt werden soll, zur Geltung zu bringen

ist, ob als Einwendung oder als Einrede. Der Unterschied zwischen beiden Begriffen ist zu bekannt, als daß hier darauf eingegangen werden müßte.

Nun spricht ja wohl die Fassung des § 157, wenn man sie mit derjenigen der Gesetzesbestimmungen vergleicht, die unbestrittenermaßen eine Einrede gewähren, dafür, daß hier keine Einrede, sondern eine Einwendung gegeben wird. Aber die Fassung allein kann nicht ausschlaggebend sein.[1]) Dagegen sprechen für eine Einrede gewichtige innere Gründe, denen ein Grund, der auf eine bloße Äußerlichkeit gestützt ist, nicht standhalten kann.

Die geschichtliche Entwicklung weist allerdings nicht auf eine Einrede, jedoch andererseits auch nicht auf eine Einwendung. Denn die exceptio des römischen Rechts ist verschieden von der Einrede des heutigen. Nur das geltende Recht kommt also in Betracht, und da ist festzuhalten, daß der Staat kein Interesse daran hat, einen Verstoß gegen Treu und Glauben zu berücksichtigen, wenn der Betroffene ihn nicht selbst empfindet. Empfindet er ihn, so wird er ihn schon geltend machen, und das Gesetz hat genug getan, wenn es ihm in § 157 ein Mittel in die Hand gegeben hat, das, wenn er es gebrauchen will, das dolose Verhalten der anderen Partei unschädlich macht.

Auch angesichts des § 853 läßt sich die entgegengesetzte Ansicht[2]) nicht halten. § 853 gewährt dann, wenn jemand durch eine von ihm begangene unerlaubte Handlung eine

---

[1]) A. A. Ramdohr in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 598.

[2]) Sie wird gebilligt von Cosack, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 302; Schneider, Treu und Glauben S. 238 und Langheineken, Anspruch und Einrede S. 324, soweit diese dem Grundsatz von Treu und Glauben Wirkung beilegen.

Forderung gegen den Verletzten erlangt, diesem letzteren das Recht, die Erfüllung zu verweigern, und zwar auch nach Verjährung des Anspruchs auf Aufhebung der Forderung, also eine Einrede. Es hat z. B. A den B durch Drohung zum Verkauf einer Sache bestimmt. Gegen die Erfüllungsklage des A steht dem B die Einrede des § 853 zu. Sieht man zunächst von dieser Einrede ab und betrachtet das Vorgehen des A unter dem Gesichtspunkt, der der exceptio doli generalis im gemeinen und heutigen Recht zugrunde liegt, so würde der A ebenfalls abgewiesen werden. Bei einer Auslegung des Kaufvertrags nach § 157 würde dem A jedes Recht auf Erfüllung abgesprochen werden müssen. In diesem besonderen Fall der excepti doli generalis entscheidet sich das Gesetz für die Einrede, und es wäre nicht konsequent, wenn man in den anderen Fällen, in denen sich das Gesetz nicht so klar ausspricht, annähme, daß die exceptio doli generalis sich als Einwendung darstellt.

Der Beklagte erhält also das Recht, die geschuldete Leistung zu verweigern, weil bei einer nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte erfolgenden Auslegung des Schuldverhältnisses der Gläubiger den Anspruch nicht hätte, oder, was im Ereignis dasselbe ist, weil der Kläger mit der Erhebung der Klage selbst gegen die bona fides verstoßen würde.[1])

Der Ausdruck „Einrede oder Arglist", der verschiedentlich zur Bezeichnung der exceptio doli generalis verwendet wird, kann zu falschen Deutungen Anlaß geben. In dem Wort „Arglist" steckt ein subjektives Moment, von dem ganz

[1]) Für die Einrede sind u. a., wenn auch mit anderer Begründung, Enneccerus-Lehmann Bd. 1 S. 329; Riezler in Staudingers Komm. § 157 Anm. 6; Wendt a. a. O. S. 24ff.

abgesehen werden muß. Auch Regelsbergers Ausdruck „Einrede der anstößigen Rechtsverfolgung“ [2]) ist nicht ganz einwandfrei. Er trifft nicht den Kern der Sache, insofern als er sich seinem Wortlaute nach hauptsächlich auf die prozessuale Durchführung eines Anspruchs, gegen welchen als solchen nichts eingewendet werden kann, bezieht.

Man könnte die Einrede vielleicht als „Einrede der unlauteren Rechtsausnutzung“ bezeichnen, weil der Ausnutzung des formellen Rechts in einer Treu und Glauben verletzenden, d. h. unlauteren Weise ein Riegel durch § 157 vorgeschoben wird.

§ 9.

5. Die Anwendung der exceptio doli generalis im Bürgschaftsrecht.

Wenn obige Ausführungen zutreffen, so liegt in ihnen die Lösung der Frage nach der Diligenzpflicht des Gläubigers im heutigen Bürgschaftsrecht. Die Bestimmungen des Gesetzes, die in irgendeinem, auch dem entferntesten Zusammenhang mit unserer Frage stehen, sind keine zwingenden, sondern sämtlich durch einen Vertrag der Parteien abänderbar. Von dieser Seite kann also dem Wirken des § 157 kein Abbruch getan werden. Nutzt der Gläubiger seine Rechte aus dem Bürgschaftsvertrage in treuloser Weise aus, so kann der Bürge mit der exceptio doli generalis die Erfüllung seiner Verbindlichkeit versagen. Ein solches gegen Treu und Glauben verstoßendes Verhalten liegt dann auf seiten des Gläubigers vor, wenn er den Bürgen in seinen Rechten schädigt und

[2]) Pand. Bd. 1 S. 686.

ihn trotzdem darauf in Anspruch nimmt. Es handelt sich hier meist darum, daß durch irgendeine Handlung oder Unterlassung des Gläubigers die Einrede der Vorausklage, die der Bürge hat, wenn nicht einer der Fälle des § 773 BGB. oder des § 349 HGB. vorliegt, wegfällt. Gleichzeitig damit erfolgt eine Entwertung der nach § 774 für den Fall, daß der Bürge den Gläubiger befriedigt, auf ihn übergehenden Forderung. Eine zweite Gruppe von Fällen ist die, bei welcher der Bürge die Einrede der Vorausklage niemals hatte oder sie ohne Zutun des Gläubigers verlor. Hier kann zwar dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht mehr entzogen werden, aber geschädigt werden kann er immerhin dadurch, daß die Ersatzforderung gegen den Hauptschuldner wertlos wird. Beide Gruppen sind in ihrer rechtlichen Behandlung völlig gleich. Das sahen wir schon an § 776, der für beide Arten der Bürgschaft, sowohl für die gewöhnliche als auch für die selbstschuldnerische, gleichmäßig gilt. Außerdem legt das Gesetz selbst das Schwergewicht auf die Entwertung des Rückgriffsrechts, die ja bei den beiden Arten der Bürgschaft eintritt. Ist nämlich für eine Schuld außer durch eine gewöhnliche Bürgschaft noch durch Bestellung eines Pfandrechts an einer beweglichen Sache Sicherheit geleistet, so hat der Bürge nach § 772 Abs. 2 das sogen. beneficium excussionis realis, das Recht, den Gläubiger zunächst auf das Pfand zu verweisen. Gibt der Gläubiger das Pfandrecht auf, so wird der Bürge nach § 776 insoweit frei, als er, der Bürge, sich daraus hätte befriedigen können. Das Gesetz sagt also nicht: „Der Bürge wird insoweit frei, als der Gläubiger sich aus dem aufgegebenen Recht hätte befriedigen können“, obgleich der Bürge kraft des beneficium excussionis realis bei Nichtaufgabe des Pfandrechts hätte ver-

langen können, daß der Gläubiger daraus Befriedigung zu erlangen suchte. Diese Entziehung des beneficium excussionis realis läßt das Gesetz demnach ganz außer acht. Dasselbe aber muß für das beneficium excussionis personalis, die Einrede der Vorausklage, gelten.

Nimmt der Gläubiger eine derartige, den Wert der Ersatzforderung des Bürgen schädigende Handlung oder Unterlassung vor, so steht doch vom formalen Standpunkt aus einer Inanspruchnahme des Bürgen nichts entgegen, es sei denn, daß das Verhalten des Gläubigers den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt. Abgesehen von diesem seltenen Fall findet der Bürge allein Schutz in dem § 157. Das Bürgschaftsrecht selbst berücksichtigt ein den Bürgen schädigendes Verhalten des Gläubigers nur im § 776. Legt man aber den Bürgschaftsvertrag nach § 157 aus, so ist das Ergebnis das, daß zwei Treu und Glauben beobachtende Parteien bei dem Abschluß des Vertrages eine besondere Verabredung dahin getroffen hätten, daß dem Gläubiger kein Recht auf Leistung durch den Bürgen zustehe, wenn er selbst diesen in seinen Rechten geschädigt hätte. Bringt der Bürge die dementsprechende „Einrede der unlauteren Rechtsausnutzung“ vor, so wird der Gläubiger mit seiner Klage abgewiesen. So kommt die Wirkung des § 157 derjenigen der Vorschriften über die Diligenzpflicht des Bürgschaftsgläubigers, die im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht vorhanden sind, gleich.

An einigen Beispielen, die zum Teil schon Gegenstand der Entscheidung eines höheren Gerichts waren, soll der Satz, daß auch nach dem heute geltenden Recht der Bürge bei einer Verletzung seiner Rechte durch den Gläubiger nicht wehrlos dasteht, nachgeprüft und erweitert werden. Nachdem A sich für eine Schuld des B an C verbürgt hat,

fällt B infolge gewagter Spekulationen, die fehlgeschlagen sind, in Konkurs. Nun sind aber die Spekulationen ausschließlich durch den Gläubiger C ermöglicht worden. Trotzdem nimmt er den Bürgen A in Anspruch.

Sieht man hier von der Tätigkeit des Gläubigers ab, so würde der Bürge im Falle der gewöhnlichen Bürgschaft die ihm sonst zustehende Einrede der Vorausklage nicht haben, denn die Voraussetzung des § 773 Ziff. 3 ist erfüllt, über das Vermögen des Hauptschuldners ist der Konkurs eröffnet. Aber der Gläubiger hat diese Situation selbst geschaffen, und doch nutzt er sie aus! Ein Handeln wie dieses berücksichtigt das Bürgschaftsrecht nicht und kann es auch unmöglich berücksichtigen, da das Leben zu vielgestaltig ist, als daß alle seine Verhältnisse vom Gesetz Beachtung finden könnten.

Hier setzt § 157 ein und richtet an uns die Frage: „Würden A und C, wenn sie Menschen wären, die stets Treu und Glauben im Auge haben, für diesen Fall eine besondere Bestimmung getroffen haben?“ Diese Frage ist zweifellos zu bejahen. Dann aber kann die Entscheidung, die der Richter zu fällen hat, nur dahin gehen, daß der Bürge insoweit frei wird, als der Gläubiger ohne die Ermöglichung der Spekulationen des B aus dessen Vermögen Befriedigung hätte erlangen können. Ganz befreit werden darf der Bürge nicht ohne weiteres; denn die Vorschriften des Gesetzbuchs über Treu und Glauben sollen seine Lage nicht verbessern, und eine Verbesserung wäre darin zu finden, daß er von der Zahlung des Teiles der Schuld, von dem es feststeht, daß zu seiner Leistung das Vermögen des Schuldners auch ohne das Handeln des Gläubigers nicht ausreicht, befreit wird. Nur einer Verschlechterung der Lage des Bürgen soll vorgebeugt werden.

Nach denselben Grundsätzen würde in dem von Eck[1]) angeführten Fall zu entscheiden sein, daß der Gläubiger dem Hauptschuldner durch Spiel sein Vermögen entzieht und dann den Bürgen belangt. Auch in diesem Beispiel würde der Bürge nach formalem Recht die Einrede der Vorausklage nicht haben und seine Verpflichtung erfüllen müssen, weil entweder § 773 Ziff. 3 oder Ziff. 4 vorliegen wird. Aber nach § 157 kann er die Leistung insoweit verweigern, als das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung ausgereicht hätte.

Wenn in diesen beiden Fällen die Bürgschaft eine selbstschuldnerische gewesen wäre, würde man genau so entscheiden müssen.

Zweifelhaft dagegen kann in der Ausdehnung der Wirksamkeit der in § 157 enthaltenen Einrede in den meist erörterten Fällen sein, in welchen der Gläubiger es unterläßt, seine Forderung im Konkurse des Schuldners anzumelden oder gegen den Schuldner vorzugehen, wenn er erfährt, daß er in ungünstige Vermögensverhältnisse gerät. Es wird hier von denen, welche — gleichviel auf welchem Wege — zu dem Resultat gekommen sind, daß auch heute noch eine Diligenzpflicht besteht, angenommen, der Bürge werde frei, wenn das Nichtanmelden oder das Nichtvorgehen durch irgendein Verschulden des Gläubigers verursacht worden ist.[2]) Folgerichtig müßte der Gläubiger auch ständig auf der Hut sein und darüber wachen, ob Umstände eintreten, die verlangen, daß er zur Sicherung seiner Forderung gegen den Hauptschuldner Vorkehrungen trifft.

Soweit scheinen aber die Vertreter dieser Ansicht doch

---

[1]) Vorträge über das Recht des BGB. Bd. 1 S. 572.

[2]) So Markus a. a. O. S. 458; Seyfferth a. a. O. S. 70 ff.

nicht zu gehen. Wenigstens meint Seyfferth, eine besondere Nachforschungspflicht dürfe dem Gläubiger nicht auferlegt werden. Gegen jene weite, in ihrer Tragweite unübersehbare Ausdehnung der Grenzen der Diligenzpflicht wendet sich schon der gemeinrechtliche Schriftsteller Hasenbalg.[3]) Auch er glaubt nicht, daß der Gläubiger nachforschen müsse, ob sein Eingreifen nötig machende Umstände eintreten.

Aber selbst mit dieser Beschränkung scheint es dem Sinn des Gesetzes nicht zu entsprechen, wenn man dem Bürgen bei jedem Verschulden des Gläubigers von seiner Verpflichtung sich zu befreien gestattet. Begeht der Gläubiger eine der obenerwähnten Unterlassungen vorsätzlich, so hat der Bürge genau so wie in den zuerst erwähnten Fällen im § 157 eine Befreiungsmöglichkeit. Hieran kann kein Zweifel bestehen, denn das Unterlassen steht hier dem Tun gleich. Aber bei grober oder leichter Fahrlässigkeit des Gläubigers darf der Bürge sich nicht auf die exceptio berufen, die ihm Treu und Glauben gewähren. Soweit kann die Auslegung des Bürgschaftsvertrages nicht gehen, daß nach Treu und Glauben der Bürge bei bloßer Fahrlässigkeit des Gläubigers frei wird. Ginge man doch so weit, so würde der Charakter des Bürgschaftsvertrages vollständig geändert. Die Bürgschaft soll den Gläubiger vor Verlusten bewahren. Wenn er nun ängstlich darauf bedacht sein müßte, die Lage des Bürgen nicht zu verschlechtern, sich niemals trotz der vorhandenen Bürgschaft auch nur die geringste Sorglosigkeit und Nachlässigkeit zuschulden kommen zu lassen, oder sogar eine Bewachung der Vermögensverhältnisse des Schuldners vornehmen müßte, so wäre er gezwungen, ebenso zu verfahren, wie er ohne Sicherung

[3]) a. a. O. S. 560 ff.; ebenso Mode a. a. O. S. 38 ff.

durch einen Bürgen seine Forderung vor dem gänzlichen oder teilweisen Untergang schützen müßte.

Man vergegenwärtige sich ferner, welche Fälle denn sonst übrigblieben, in denen der Bürge sich nicht von seiner Verbindlichkeit befreien könnte! Bei der weiten Ausdehnung des Begriffes „Fahrlässigkeit“ würde der Gläubiger nur in den äußerst seltenen Fällen vor Schaden sicher sein, in denen es unmöglich ist, einen Verstoß bei der Wahrnehmung seiner Rechte zu machen.

Bei einem vorsätzlichen Handeln des Gläubigers jedoch fällt das alles fort. Die Bürgschaft bleibt trotz der Gewährung der Einrede, was sie sein soll: ein Mittel, den Gläubiger vor Verlusten zu schützen, die ihm entstehen könnten.

Also auch in unserem heutigen Recht kann man auf dem Wege über die Vorschrift des § 157 BGB. zu der Anerkennung einer Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen kommen, wenn sie auch gegenüber der des gemeinen Rechts insofern eingeschränkter ist, als heute der Bürge nur bei einem vorsätzlichen Handeln oder Unterlassen des Gläubigers sich befreien kann, im früheren Recht dagegen schon bei einem fahrlässigen Verhalten. Ebenso aber wie der gewöhnliche darf auch der selbstschuldnerische Bürge die Leistung verweigern,[1]) wenn durch eine vorsätzlich begangene Handlung oder Unterlassung des Gläubigers seine Lage verschlechtert wird; doch darf die Verweigerung der Leistung stets nur so weit gehen, als der Bürge bei dem Regreß aus dem Vermögen des Schuldners hätte Befriedigung erlangen können, wenn das

[1]) In den Fällen des § 776 wird der Bürge dagegen ipso iure frei.

schädigende Verhalten des Gläubigers nicht dazu gekommen wäre.[1])

Der geforderte Vorsatz braucht sich natürlich nur auf die Vornahme der Handlung als solcher zu beziehen, nicht weitergehend auf die durch die Handlung bewirkte Schädigung des Bürgen, wie etwa in § 826.

Es lohnt sich, zum Abschluß noch einen Blick auf die Stellung unserer obersten Gerichte zur Frage der Diligenzpflicht zu werfen, die sehr schwankend ist. Das Oberlandesgericht Marienwerder[2]) sagt einfach, die Sorgfaltspflicht ergebe sich aus Treu und Glauben (§§ 157, 242). Entgegengesetzt entscheidet das Oberlandesgericht Dresden,[3]) welches die Diligenzpflicht des Bürgschaftsgläubigers nicht anerkennt.

Das Reichsgericht hat sich neuerdings mit dieser Frage beschäftigt[4]) und lehnt für das heutige Recht ebenfalls die Diligenzpflicht ab. Dies ist um so verwunderlicher, als es sonst die exceptio doli generalis als geltendes Recht ansieht.

Hingegen wird in einer Entscheidung[5]) aus dem Jahre 1905 eine Verpflichtung des Gläubigers gegenüber dem Bürgen anerkannt, seine durch Pfand gesicherte Forderung nicht dadurch zu gefährden, daß er keine Sicherheitsmaßregeln zur Erhaltung des Pfandes trifft, wenn der Gläubiger Kaufmann ist und es im Verkehr üblich ist, Vorsichtsmaßregeln zum Schutz seiner Forderung an den Hauptschuldner zu treffen.

---

[1]) Dasselbe muß für den selbstschuldnerischen Bürgen nach gemeinem Recht gelten (vgl. oben S. 6).

[2]) Neumann, Jahrb. Bd. 5 S. 300.

[3]) Sächs. Arch. Bd. 15 S. 218.

[4]) JurW. 1907 S. 237.

[5]) JurW. 1905 S. 720.

Es ist nicht zu verkennen, daß dieses Erkenntnis gerade das Gegenteil von dem obigen ist.

§ 10.

IV. Vertragsmäßige Übernahme der Diligenzpflicht.

Es wird zuweilen vorkommen, daß der Bürge sich bei der Übernahme der Bürgschaft von dem Gläubiger versprechen läßt, daß er seine Rechte gegen den Hauptschuldner sorgfältig wahren werde. Hierbei können die Parteien, was sich von selbst versteht, über die Grenzen hinausgehen, innerhalb welcher sich die gesetzliche Diligenzpflicht des Gläubigers bewegt. Sie können vereinbaren, daß auch dann, wenn der Gläubiger in fahrlässiger Weise sich der Möglichkeit begibt, ohne Inanspruchnahme des Bürgen Befriedigung für seine Forderung zu erlangen, er dieserhalb nichts mehr von dem Bürgen fordern darf. Planck[1]) sieht in einer solchen Verabredung eine dem Gläubiger wirklich auferlegte Verpflichtung, weder vorsätzlich noch fahrlässig seine Forderung gegen den Hauptschuldner zu beeinträchtigen. Er will darum dem Bürgen bei einem Verstoß gegen diese Verpflichtung einen Schadensersatzanspruch geben, mit dem er dann gegen die Forderung des Gläubigers aufrechnen könne.

Selbst wenn hier der Gläubiger mit einer regelrechten Pflicht belastet wäre, so ist doch jedenfalls eine Aufrechnung nicht möglich. Der Schaden des Bürgen besteht in der Schmälerung seines Rückgriffsrechts, den der Gläubiger nach § 249 BGB. dadurch ersetzen muß, daß er den Bürgen niemals in die Lage bringt, daß sich sein Rückgriffsrecht be-

[1]) BGB. § 776 Anm. 4.

tätigen müßte, also ihn gar nicht in Anspruch nimmt. Der Bürge würde also nur eine Einrede gegenüber der Forderung des Gläubigers aus der Bürgschaftsschuld haben, aber keinen Anspruch, mit dem er aufrechnen könnte.

Gegen die Auffassung, daß für den Gläubiger eine Pflicht bestände, wendet sich Siber.[1]) Er meint, es wäre verkünstelt und entspräche nicht dem Parteiwillen, daß die Verpflichtung des Bürgen hier ungemindert fortdauern, dem Bürgen aber ein Gegenanspruch wegen schuldhafter Verletzung der zum Übergang auf ihn bestimmten Hauptforderung zustehen soll. Er ist der Ansicht, der Gläubiger ginge dann einfach seines Anspruchs verlustig, da der Bürge kein über seine eigene Befreiung hinausgehendes Interesse an der Beobachtung der Diligenzpflicht seitens des Gläubigers habe.

Im allgemeinen erscheint diese Ansicht richtig. Denn die vertragsmäßige Übernahme einer Diligenzpflicht kann nichts weiter bezwecken, als die Verpflichtung zur Diligenz, die das Gesetz auferlegt, zu erweitern. Bei der gesetzlichen Diligenzpflicht aber kann man nicht auf den Gedanken kommen, daß eine wirkliche Verpflichtung des Gläubigers vorliege, deren Verletzung zum Schadensersatz zwinge.

Daß aber der Gläubiger seinen Anspruch gegen den Gläubiger einfach ipso iure verlieren sollte, erscheint gegenüber dem Bestreben des Gesetzes, dem Schuldner in ähnlichen Lagen eine Einrede zu gewähren, mindestens sehr zweifelhaft. Wenn bei der Verletzung der dem Gläubiger kraft Gesetzes obliegenden Diligenzpflicht der Bürge eine Einrede hat und er nicht von selbst frei wird, so dürfte er sie hier auch haben. —

---

[1]) Der Rechtszwang S. 41 u. 247.

Mit der Untersuchung der Rechtsverhältnisse bei der vertragsmäßigen Diligenzpflicht wird vielfach die der Frage verbunden, wie es zu halten sei, wenn sich jemand für Verbindlichkeiten verbürgt hat, die erst möglicherweise entstehen können, und diese Verbindlichkeiten durch die Schuld des Gläubigers nun entstanden sind. Von Planck[1]) wird hier ganz allgemein angenommen, daß der Gläubiger die Pflicht habe, das Zustandekommen solcher Verbindlichkeiten möglichst zu verhüten und stets eine sorgfältige Kontrolle auszuüben. Aber dieser Auffassung stehen dieselben Bedenken entgegen, die der Annahme einer allgemeinen Diligenzpflicht, soweit dadurch der Bürge sich bei bloßer Fahrlässigkeit des Gläubigers der Bürgschaft entledigen kann, gegenüberstanden. Wenn nun auch die Verhältnisse etwas anders liegen, weil hier der Bürge durch die Entstehung der Schuld beschwert wird, während dort zwar die Schuld schon besteht, aber das Rückgriffsrecht ganz oder teilweise zunichte wird, so kann das doch kein Grund sein, den Gläubiger hier ungünstiger zu stellen. Man kann nur zulassen, daß der Bürge sich dann von der übernommenen Verpflichtung befreien kann, wenn der Gläubiger durch ein vorsätzliches Handeln oder Unterlassen die Entstehung einer Verbindlichkeit ermöglicht.

Von Bedeutung ist diese Frage geworden, als es sich darum handelte, festzustellen, ob der Bürge in folgendem Fall hafte: Jemand hatte sich für jeden Nachteil und Schaden, den ein anderer durch die Schuld des von ihm angestellten Kassierers erleiden würde, unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage verbürgt.[2]) Dadurch, daß der Dienstherr es

[1]) BGB. § 776 Anm. 4; ebenso Seyfferth a. a. O. S. 73ff.

[2]) RGE. Bd. 29 S. 141; JurW. 1890 S. 302.

unterließ, eine sorgfältige Kontrolle auszuüben, war der Kassierer in der Lage, bedeutende Summen zu unterschlagen, wegen derer der Bürge verklagt wurde. Man kann dem Reichsgericht völlig beistimmen, wenn es sagt, der Zweck der Sicherung würde völlig verfehlt, wenn stets mit dem größten Mißtrauen kontrolliert und doch erwartet werden müßte, daß alle Maßregeln als nicht genügend angesehen werden. Das Reichsgericht läßt darum den Bürgen nur frei werden, wenn das Unterlassen der Kontrollierung auf Vorsatz oder grobem Verschulden beruht.

Man darf jedoch den Zusatz, der das grobe Verschulden betrifft, fortlassen, ohne dadurch den Gläubiger in ungerechtfertigter Weise gegenüber dem Bürgen eine bessere Rechtsstellung zu geben, um so mehr, als das Gesetz keinen Anlaß gibt, von der gefundenen allgemeinen Regel abzuweichen.

Literaturverzeichnis.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 1889.

Birkmeyer, Die Exzeptionen in bonae fidei iudicium. 1874.

v. Bothmer, Ist der Gläubiger dem Bürgen zur Wachsamkeit auf den Hauptschuldner verpflichtet und befreiet eine hierunter eingetretene etwaige Nachlässigkeit den Bürgen von seiner übernommenen Verbindlichkeit? In Gans' Zeitschrift für Zivil- und Kriminalrechtspflege im Königreich Hannover Bd. 1 S. 15 ff.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1900.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1 1900, Bd. 2 1902.

Dernburg, Pandekten. Bd. 1 1902, Bd. 2 1903.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 2 Abt. 1 1905, Bd. 2 Abt. 2 1906.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, fortgeführt von Leonhard. Bd. 1. 1903.

Eck, Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1896.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1903.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Gareis, Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.

Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts. 1894.

Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Zivilrecht. 1852.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge. 1900.

Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts. 1870.

Jäger, Hat der Gläubiger eine Klage gegen den Bürgen, wenn er durch eigenes Verschulden von der Konkursmasse des Hauptschuldners ausgeschlossen worden ist? In Lindes Zeitschrift für Zivilrecht und -prozeß Bd. 5 S. 231 ff.

Juristische Wochenschrift.

Krüger, Die Mandatsbürgschaft von Sokolowski. In der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 34 S. 534ff.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. 1903.

Langheineken, Anspruch und Einrede. 1903.

Lichtlen, Die Bürgschaft nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs unter Vergleichung mit denjenigen des französischen Rechts. In Puchelts Zeitschrift für deutsches bürgerliches und französisches Zivilrecht Bd. 31.

Marcus, Der Anspruch des Bürgen auf Diligenz des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Im Recht 1902 S. 456ff.

Meisner, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 1898.

Mode, Befreiung des Bürgen durch Nachlässigkeit des Gläubigers in Wahrnehmung seiner Rechte gegen dritte Personen. Dissert. 1896.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1888.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1905.

Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts. Bd. 5.

Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. 1906.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 1 1903, Bd. 2 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1 1897, Bd. 2 1898.

Ramdohr, Rechtsmißbrauch. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 46 S. 577ff., 806ff.

Regelsberger, Pandekten. Bd. 1. 1893.

Regelsberger, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse von Schneider. In der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 44 S. 429ff.

Regeniter, Die Einrede der Vorausklage. Dissert.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. 1 1899, Bd. 2 1903.

Sächsisches Archiv für deutsches bürgerliches Recht. Bd. 15.

Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse. 1902.

Schneider, Zur Verständigung über den Begriff von Treu und Glauben. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 25 S. 269ff.

Schollmeyer, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. 1900.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Seyfferth, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Dissert. 1905.

Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. 1903.

Silbermann, Die exceptio doli generalis und das Bürgerliche Gesetzbuch. In der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern Bd. 1 S. 35ff.

Sohm, Institutionen des römischen Rechts. 1901.

Sokolowski, Die Mandatsbürgschaft.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 1900.

v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1 1904, Bd. 2 1906.

Striethorsts Archiv für Rechtsfälle.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 3. 1876.

Wendt, Die exceptio doli generalis im heutigen Recht. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 100 S. 1ff.

Weyl, System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1905.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 1900.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.